

# DA PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE PETIÇÃO DE HERANÇA

*Prof. FLÁVIO PORTELA MARCILIO*  
(Docente-Livre da Faculdade de Direito do Ceará)

## § 1

**DEFINIÇÃO E CONCEITO.** A ação de petição de herança póde ser definida como a ação real que compete ao herdeiro, contra aqueles que, pretendendo ter um direito à sucessão, retêm, de fato, uma parte da mesma, ou o seu todo.

É sabido que, como consequência da transmissão hereditária, o herdeiro, desde a abertura da sucessão, fica substituído ao defunto. Entre nós, a regra está muito bem expressada no art. 1.572, do Código Civil, ao preceituar:

“Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Resulta do dispositivo acima citado que o herdeiro adquire todos os direitos de administração e desfruta o exercício de todas as ações que pertenciam ao *de cujus*, reais ou pessoais, posses-

sórias ou petitórias. Mas, como doutrinam PLANIOL Y RIPERT, tôda dúvida que surja respeito ao herdeiro, afeta a ditos direitos e faculdades, em sua essência, paralisando-os.

Os direitos e ações do defunto, que sòmente se transmitem ao herdeiro, como resultante de tal aptitude, não podem servir de prova de sua causa.

Ao surgir um contraditor qualificado, o herdeiro presumido terá que provar a validade do seu título. Como essa condição é pessoal, não pode demonstrá-la por uma das ações do sucedido; necessita de uma ação especial, própria de sua pessoa e que seja o julgado de sua condição de herdeiro: isto é, a ação de petição de herança (Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil, Tomo IV, pág. 379).

Esta lição é esposada em todos os seus termos pelo civilista pátrio CARVALHO SANTOS, ao escrever:

“O herdeiro, adquirida que seja a herança, póde fazer valer seus direitos mediante as ações petitórias, reais e pessoais, que teria o autor se ainda vivo fôsse, sendo o exercício dessas ações regulado pelo direito comum.

“Mas, ao herdeiro, compete uma ação toda própria, direta a fazer reconhecer a sua qualidade de herdeiro, e obter a restituição das coisas compreendidas na herança e que se chama *petição de herança*” (Carvalho Santos, Cod. Civ. Bras. Int. vol. XXII, pág. 87).

Não há inovação na matéria. PACIFICI — MAZZONI reconhece:

“Ma ad esso compete un'altra azione tutta propria, diretta, a far riconoscere la sua qualità di erede e ottenere la restituzione delle cose compresse nella

ereditá e che chiamasi petizione di ereditá” (Pacifichi-Mazzoni, Diritto Civile, vol. 6, pág. 369).

CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, em artigo de doutrina sobre as ações relativas à herança, escreve:

“A petição de herança compete ao herdeiro que adiu à herança, mas não entrou na posse dela, contra o possuidor *pro herede*, ou sem título, para o efeito de ser o autor declarado herdeiro do defunto, e o réu condenado a entregar-lhe toda ou parte da herança, com os seus rendimentos e acessórios” (Revista Forense, vol. LXXXVIII, pág. 71).

Não há, como se vê, dificuldades em se definir e conceituar a petição de herança. O tema de porfiadas controversias refere-se à prescrição, matéria debatida, sem acôrdo na doutrina e na jurisprudência.

## § 2

**OBJETO E NATUREZA.** Não se póde compreender, perfeitamente, o caracter da prescrição nas ações de petição de herança, sem que se fixe, liminarmente, êstes dois pontos base: a) o objeto; b) a natureza.

Visa esta ação o reconhecimento do direito hereditário, contestado ou desconhecido, tendo em mira fazer reconhecer a qualidade de herdeiro do autor, com a condenação do réu a entregar-lhe, no todo ou em parte, a herança da qual indevidamente se encontre na posse, dependendo a restituição de frutos e rendimentos, de vários fatores.

Doutrina corrente afirma que ela persegue, simultaneamente, um duplo objeto: estabelecer a realidade da condição

de herdeiro e invocar todas as consequências próprias a restituir ao demandante vitorioso, na integridade dos seus direitos.

Na ação de petição de herança, como bem salienta CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, “o ponto ideal do litígio, o *punctum pruriens*, se firma depois da exposição contraditória das partes, cada qual invocando a qualidade de herdeiro para excluir da sucessão o adversário, ou para entre si dividirem a herança, na proporção legal, se são co-herdeiros”. Daí, porque, nota-se, perfeitamente, a sua diferença da reivindicatória, em que, ao contrário, o herdeiro que reivindica os bens da herança, supõe que o adversário baseia o seu direito num título particular, proveniente de contrato celebrado com o *de cujus*, ou com terceiro.

O objeto que, por assim dizer, está implícito no conceito da ação, é ponto pacífico.

Divergem, porém, os autores, quanto à natureza, afirmando uns o seu carácter real, outros pessoal e, ainda, alguns deles, misto.

Entre nós, recentemente, encontramos a afirmação de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA:

“A natureza real dessa ação, apesar de haver controvérsia, é afirmada pela melhor doutrina, tratando-se, por isso, de uma ação condenatória, tutelar do direito hereditário que se exerce sobre a *universitas juris* sem necessidade de se demonstrar singularmente a titularidade dos diversos direitos nela compreendidos” (A. M. da Fonseca, *Investigação de Paternidade*, pág. 283, Ed. 1.947).

CORRÊA TELES, de há muito, doutrinára:

“Como são quatro as espécies de *jus in re* (direito

na coisa) a saber: domínio, servidão, herança e penhor, vem a ser ações reais, as seguintes: a de reivindicação, para o domínio; confessória e negatória, para as servidões; petição de herança e todas que derivam do direito sucessório, para a herança; hipotecária, para o penhor” (Corrêa Teles, Doutrina das Ações, pág. 4, nota 4).

AFONSO FRAGA, sustentando a mesma opinião, fundamenta-a com uma corrente respeitável. Com efeito, escreve êle :

“Esta ação, pela generalidade dos escritores, é considerada real: Donelus, Opera Omnia, tom. V, Cap. XII, n. II, pag. 596; Gluck, Comm. às Pandect. L. 5 tit 3, § 562; Noodt, Comm. Opera Omnia, tom. 2, L 5, tit 3, pag. 142; Muhlenbruch, Doct. Pandect., § 705; Duroi, Praxis, VI, pag. 300; Mazzoni, Inst. di diritto civile italiano, vol. 6, n. 221, declara que definiu a ação como real, porque não falta quem ainda se obstine a considerá-la mista. De fato, consideram-na mista, mas sem fundamento, ou com fundamento inaceitável, Lauterbach, L 5, tit. 3, n. 4; Maranta, Speculo aureo, P. 4, Dist. Judic., 3, n. 62; Malpin, Cours de Droit Romain, tom. 3, § 490 e outros” (Afonso Fraga, Inst. do Proc. Civ. no Brasil, vol. I, pag. 158, § 23, LIX, nota 328).

O mesmo pensamento — ação real — encontramos em JOÃO MENDES, Direito Judiciário, 1a. Edição, pag. 92; CLOVIS BEVILAQUA, Direito das Sucessões, pag. 383; ainda, em muitos outros autores de renome, entre os quais destacamos LUIZ FREDERICO CARPENTER, FILADELFO DE AZEVEDO,

CARLOS MAXIMILIANO, VIRGILIO BARBOSA, GALDINO SIQUEIRA, ITABAIANA DE OLIVEIRA e CARVALHO SANTOS.

Diz GALDINO SIQUEIRA:

“A ação de petição de herança é uma ação real, cuja finalidade está em se declarar o autor herdeiro do defunto e ser-lhe entregue o quinhão devido, com os acessórios e rendimentos, pressupondo, pois, para executória onde se tornará efetiva, a entrega dos bens hereditários” (Arq. Jud. vol. 16, pag. 142).

ITABAIANA DE OLIVEIRA, dividindo as ações quanto ao seu elemento gerador, ou do direito negado, em prejudiciais, pessoais e reais, diz que, entre estas, estão as de herança (petição de herança, querela de doação inoficiosa, de redução, de nulidade de testamento, fraude de legítima, petição de colação, sonegados, petição de legados, petição de caução, partilha). Sustenta, deste modo, a sua natureza real (Trat. de Direito das Sucessões, vol. III, pag. 158).

CARVALHO SANTOS, buscando as fontes históricas, sustenta o caracter real destas ações, que vem do direito romano, conforme demonstra Bonfante (Corso di Diritto Romano, vol. 6, parte geral, 424). Escreve o nosso emérito jurista:

“Trata-se de uma ação real, mediante a qual o herdeiro pleiteia o reconhecimento do seu direito hereditário e a restituição...” (Obra e vol. citados, páginas 87).

Adota os mesmos termos da doutrina exposta por PACIFICI-MAZZONI. Com efeito, diz êste:

“La petizione di ereditá puó nel diritto patrio definirsi per un’azione reale, mediante cui l’erede dimanda il riconoscimento del suo diritto ereditario e la restituzione...” (obr. e vol. citados, pag. 369).

PLANIOL Y RIPERT, como vimos, inicialmente, consideram-n’a ação real.

Esta orientação, contudo, acentuamos, não é pacífica. Opiniões, as mais diversas, são sustentadas. Alguns autores vêem-n’a como ação pessoal. Não fazem, sequer, a decomposição dos seus elementos, através o objetivo visado; consideram, tão somente, a qualidade de herdeiro. Outros, considerando justamente a duplicidade de objeto, têm-n’a como ação mista.

Neste último sentido, o ensinamento de BAUDRY-LACANTINERIE :

“La petizione d’ereditá ha per suo principale carattere d’essere azione mista; e, realmente, essa contiene una domanda di riconoscimento della qualità d’erede — ed in ciò è personale — e una rivendicazione generale del patrimonio — ed in ciò è reale” (Trattato di Diritto Civile — Delle Successioni — vol. I, pag. 702).

É o ponto de vista esposado, entre outros, por LAUTERBACH, CUJACIUS, JOCOTON E CUNHA GONÇALVES.

Com efeito, seguindo essa doutrinação, escreve o insigne tratadista português:

“É também discutido se a ação de petição de herança é pessoal, real ou mista. Há escritores que defendem cada uma destas soluções. Prefiro a última, porque a ação é pessoal quanto ao reconhecimento da

qualidade de herdeiro; real quanto à entrega do quinhão hereditário a esse herdeiro” (Tratado de Direito Civil, vol. 10, n. 1.553).

Este modo de ver, como bem se constata, considera o duplo objetivo da ação. Mas, tem o defeito de, por vezes, nos levar à confusão, por exemplo, com a ação de investigação de paternidade.

É o que, com muito brilho, esclarece VIRGÍLIO BARBOSA:

“Na ação de petição de herança o pleiteante se funda na qualidade de herdeiro, que tem; na de investigação, demanda o reconhecimento dessa qualidade, que poderá ser, ou não, verificada em juízo; e, só na primeira hipótese poderá demandar a herança” (Investigação da Paternidade Ilegítima, pag. 20).

BUTERA, ROUSSEAUD E LAISNEY conceituam-n’a como ação pessoal, observando que visa, substancialmente, demonstrar uma qualidade hereditária controvertida, sendo simples consequência a restituição da herança.

A mim, não parece a melhor doutrina, sendo, justamente, a menos defensável.

Não é o reconhecimento da qualidade de herdeiro, o fim substancial da petição de herança, como o seu nome está a indicar. Tanto assim que, a investigação de paternidade, cujo fim precípua é se determinar a filiação, para efeito hereditário deve ser cumulada com a de petição de herança.

Na primeira se deseja o reconhecimento da qualidade de herdeiro, decorrente da filiação; na outra, o deferimento da herança. Improcedente a paternidade, não mais se cogita da sucessão. Contudo, se julgada procedente, nem por isso significa que, obrigatoriamente, seja deferida a herança.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de considerá-la ação pessoal. Dá-nos notícia o seu julgado de 24 de outubro de 1940 — Recurso Extraordinário n. 2929 — cuja ementa é:

“Ação de petição de herança — Prescrição. Sendo a ação de petição de herança, na melhor doutrina, uma ação pessoal, não lhe póde ser atribuída a prescrição determinada para as prescrições nas ações reais”.

Foi voto dominante o do Ministro Revisor — ANIBAL FREIRE — que relatou o acordão. No seu voto, disse êle:

“As decisões recorridas não applicaram ao caso sub-judice, os arts. 177 e 178 § 6º, do Código Civil, porque entenderam não se tratar de ação real, nem de ação de nulidade de partilha.

“O que a autora intentou foi uma ação de petição de herança, como tal ajuizada e julgada nas duas instancias. Sendo a ação de petição de herança, na melhor doutrina, uma ação pessoal, não lhe podia ser atribuída a prescrição determinada para as prescrições reais” (Direito, 1.942, nº XIII, pags. 300-302).

\*

\*      \*

Tenho como certo não haver fundamento em se contestar o caracter real da petição de herança, contido, aliás, no seu próprio objeto. Daí, escrever CARVALHO SANTOS que “a petição de herança é para o direito hereditário, o que a reivindicatória é para o direito de propriedade”.

CARPENTER, indiscutivelmente uma grande autoridade, reconhece:

“A ação de petição de herança é uma ação real. A ação de petição de herança é a própria ação real de reivindicação, que toma êsse nome de petição de herança, porque o bem reivindicando faz parte de uma herança e o autor reivindicante age na qualidade de herdeiro dessa herança” (Revista dos Tribunais, vol. 139, pag. 453).

E' uma lição sumamente clara; tão bem enunciada que afasta qualquer dúvida. Essa natureza reivindicatória não pode ser negada. Reconheceu-a o acordão do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, na ação rescisória nº 205, de 9 de Fevereiro de 1940, expressando:

“A ação de petição de herança é de natureza reivindicatória . . .” (Revista Forense, vol. LXXXIII, 1940, pag. 288).

O Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, por sua vêz, em acordão de 30 de outubro de 1946, julgou que “a petição de herança é ação real” (Revista Forense, vol. CXV, 1948, pag. 542).

Reconhecendo o princípio esposado por CARPENTER, de ser a petição de herança, para o direito hereditário, o que a reivindicatória é para o direito de propriedade, temos o julgado do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, salientando que:

“A ação de petição de herança se propõe contra quem possui a qualidade de herdeiro, pois, contra quem a

tem a título singular, ou sem título, a ação competente é a de reivindicação” (Revista Forense, vol. CVII, 1946, pag. 100).

É a doutrina que aceitamos pelos seus jurídicos fundamentos. Não nos parece que a *melhor* doutrina seja a do julgado do Supremo Tribunal Federal, anteriormente referido.

Consideramos como tal, justamente a que sustenta a natureza real destas ações.

### § 3

**PRESCRIÇÃO.** As dúvidas e incertezas, não somente da doutrina como também da jurisprudência, relativas ao tempo em que se consuma a prescrição destas ações, decorrem, principalmente, da divergência quanto ao ponto anterior.

Assim, quanto ao seu prazo prescricional, as opiniões, também, se acham bastante divididas, com a circunstância de não haver uniformidade de pensamento, entre aqueles que sustentam o seu caracter real.

Nossos antigos escritores atribuíam-lhe a prescrição de trinta anos. CORRÊA TELES, em seu citado livro Doutrina das Ações, diz que o reu póde opor, entre outras coisas, ao pretendido direito do autor, “prescrição de trinta anos”. E, em nota, explica:

“Nisto participa esta ação da natureza das pessoais, que duram trinta anos” (obra citada, § 55, nota 224, pag. 73).

É também a prescrição seguida por ITABAIANA, que a

considera, aliás, como ação real. Há, ainda, explica o mestre, depois de dar a regra geral da prescrição das ações reais:

“...uma tantas ações reais que prescrevem em trinta anos, e são as seguintes:

a) ...

b) a revocatoria ou pauliana, a de petição de herança” (obra e vol. citados, pag. 163).

Filia-se à mesma corrente CLOVIS BEVILAQUA, doutrinando:

“A ação de petição de herança dura trinta anos. No mesmo espaço de tempo, o herdeiro adquire o direito de opor a prescrição como defesa de sua posse, embora desprovida de um título suficiente. Poderá, entretanto, acontecer que o possuidor seja um adquirente, tendo por si o justo título e a boa fé. Em tal hipótese terá em dez ou vinte anos, usucapido o bem e ser-lh-á reconhecido o direito de repelir a ação do herdeiro por direito do seu usucapião” (Direito das Sucessões, pags. 56-57)

Para CLOVIS, sendo a ação em causa um meio de fazer valer um direito hereditário, deve extinguir-se com êle, espousando, deste modo, a lição de HUC (Commentaire V, ns. 195 a 197). Ressalva, tão somente, como vimos pela transcrição da sua doutrina, a interveniência do adquirente.

No sentido da prescrição trintenária, temos:

“A ação de nulidade de partilha, sujeita à prescrição estabelecida pelo art. 178, § 6º, n. V, do Código Civil brasileiro, cabe apenas aos herdeiros aquinhoados entre si, prescrevendo em trinta anos a de petição de

herança, facultada a herdeiro não contemplado” (Ac. do Trib. de Apelação do Distrito Federal, de 29 de abril de 1930, Revista de Direito, vol. 97, pag. 151).

E, o Supremo Tribunal Federal:

“Partilha — Nulidade — Petição de Herança — Prescrição — O prazo prescricional do art. 178, § 6º, nº V, do Código Civil, diz respeito à partilha em que a nulidade é pleiteada por quem tenha intervindo no inventário ou quem, já tendo direitos líquidos, fôra excluído da divisão, e, não à ação de petição de herança, cuja prescrição é de 30 anos, facultada a herdeiro não contemplado” (Recurso Extraordinário nº 8704, Rio Grande do Norte, Ac. da 2ª Turma de 19 de setembro de 1947, Direito, vol. XLIX, 1948, ano IX, pag. 352).

Civilistas estrangeiros, adeptos da natureza real, também se filiam a esta orientação. Temos, por exemplo, as seguintes lições:

LAURENT :

“L’action en pétion d’hérédité dure trente ans. Ce principe est admis par tout le monde. Il y a, quant à la durée de l’action, une difference considerable entre la pétion d’hérédité et la revendication. L’action en revendication dure aussi trente ans, mais le possesseur peut opposer l’usucapion au propriétaire qui revendique sa chose, s’il a possédé pendant dix ou vingt ans, avec titre et bonne foi. Tandis que le possesseur de l’hérédité ne peut pas opposer l’usucapion” (Droit Civil Français, IX, pag. 590).

PACIFICI-MAZZONI :

“L’azione di petizione d’ereditá si estingue colla prescrizione; la quale é ad un tempo estintiva a danno dell’erede vero e aquisitiva a pro dell’erede aparente. Essa è sempre trentennale; cosiché non può aver luogo neanche se questa si componga in tutto o in parte di cose mobile” (obra e vol. citados, pag. 376).

PLANIOL Y RIPERT têm o mesmo pensamento. Com efeito, afirmam, sem mais explicações que, “la prescripcion se cumple en treinta anos”, (pag. 382, obra e vol. citados), acrescentando, tão sòmente, que êsse prazo deve ser começado a contar desde o momento em que o herdeiro aparente começa a conduzir-se herdeiro universal do defunto.

Êste é o modo de ver de uma parte dos doutrinadores que consideram-n’a ação real. Examinaremos, posteriormente, a outra modalidade.

\*  
\*      \*

Destacamos, dentre o grupo que sustenta a natureza mista, duas lições seguintes:

BAUDRY-LACANTINERIE:

“L’azione di petizione d’ereditá dura trent’anni; la durata di questa azione non é, in realitá, regolata dalla lege (cod. civ. ital. art. 1.135; fr. ar. 2.262); donde una differenza con la rivendicazione che non può durare che dieci ou venti anni (fr. art. 2.265 e it. 2.137). (Obra e vol. citados, pag. 716).

CUNHA GONÇALVES:

“A ação de petição de herança tem, como todas as ações patrimoniais, o carater de prescritibilidade. Este carater está bem acentuado no art. 2.017, que diz: “O direito de petição de herança prescreve pelo mesmo tempo e fôrma por que prescrevem os direitos imobiliários”

“O possuidor, nesta situação, não pretende ser herdeiro; êle só afirma ser, em virtude da prescrição, proprietário exclusivo dos bens penhorados” (obra e vol. citados, nota 1.556, pag. 487).

E, logo depois, completando o seu pensamento:

“Por isso, segundo a melhor doutrina, a prescrição de que se trata é, a um tempo, aquisitiva e extintiva (v. o vol. III, pag. 712), isto é, a inércia do herdeiro deve estar, necessariamente, conjugada com a posse do detentor, não de todos os bens da herança, mas, de cada coisa ou de um grupo de coisas pertencentes á mesma herança e que sejam susceptíveis de aquisição por tal meio. A prescrição, repito, não é extensiva á qualidade de herdeiro” (obra e vol. citados, pag. 490).

Sustenta, assim, uma tese lógica e coerente com a sua doutrina.

\*

\*      \*

Voltemos ao estudo da prescrição, encarando-a como ação real.

O Código Civil brasileiro dispõe no art. 177:

“As ações pessoais prescrevem ordinariamente em trinta anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em vinte, contados da data em que poderiam ter sido propostas”.

FILADELFO DE AZEVEDO, reconhecendo o seu caráter de ação real, julga-a sujeita aos prazos do art. 177 citado, fazendo um minucioso exame da questão, sem esquecer o elemento histórico. Escreveu:

“Alguns, porém, insistem em atribuir-lhe a prescrição de trinta anos, não obstante o seu conhecido caráter real, em face do disposto no art. 1.772 § 2º, do Código (Itabaiana, Sucessões, §§ 936 e 941; Estevam de Almeida, Manual Lacerda, vol. 6 pag. 165; Clovis, Direito das Sucessões, § 105, Revista de Direito, vol. 115, pag. 465).

“Mas, há um engano manifesto nestas afirmações; tal regra, (a do art. 1.772 § 2º) só se dirige a ação de partilha, cabível, desde e logo, quando não contestada a qualidade de herdeiro. Mas, sendo necessário o prévio deslinde da situação de herdeiro, por meio de ação especial que precede á de partilha, a prescrição dominante é a relativa ao meio principal.

“A prova de que o art. 1.772 não se refere á petição de herança é que o dispositivo figurava no Projeto Revisto (art. 2.146 § único), ao lado de outro (art. 1.908) que expressamente atribuía áquela ação a prescrição de trinta anos; este último preceito foi, porém, suprimido, para que prevalecesse a regra geral, subsistindo, apenas, o relativo á provocação de

partilha, enquanto durasse a indivisão” (Filadelfo de Azevedo, Revista dos Tribunais, vol. 139, pags. 456-457).

Não pode, em verdade, haver confusão entre uma e outra destas ações. A regra do art. 1.772 do nosso Código refere-se a bens ainda não partilhados, dando o alcance do direito do herdeiro em requerer a partilha. A disposição do seu parágrafo segundo marca até quando a mesma pôde ser requerida. Encontramos em JOÃO LUIZ ALVES:

“Pois, uma coisa é a ação de petição de herança e outra a de partilha” (J. L. Alves, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. 3, pag. 178).

Em harmonia com a tese exposta temos o acordão do Tribunal de Apelação do Paraná, vasado nos seguintes termos:

“É de dez entre presentes e vinte entre ausentes, a prescrição da ação de petição de herança.

“Trata-se, no caso, de uma ação de petição de herança, pertencente á categoria das ações reais, cuja prescrição é de dez anos entre presentes e de vinte entre ausentes, estabelecida pelo art. 177, do Código Civil” (Curitiba, 23-9-37, Revista de Direito, vol. 93, pags. 644-645).

O julgado do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, de 17 de janeiro de 1941, equipara esta prescrição á da ação de reivindicação” (Revista Forense, vol. LXXXVI, 1941, pag. 120).

Estudo interssante sôbre a matéria é, inegavelmente, o feito por CARPENTER, dando uma interpretação em perfeita harmonia com o nosso Código Civil.

Assim, ensina êle:

“O art. 177 do Código Civil não póde ser interpretado isoladamente. Precisa ser interpretado em harmonia com os arts. 550 e 551 tratando-se de imoveis e, em harmonia com os arts. 618 e 619, tratando-se de moveis.

“Não é um caso de prescrição da ação, porque não se trata de simples não exercicio da ação, pelo prazo de trinta anos, do proprietário desapossado. É, sim, um caso de usucapião, porque aquela ação do proprietário se tornou incabível, pelo concurso de três fatos atribuíveis ao possuidor, posse de dez anos (entre presentes) ou vinte (entre ausentes), justo título dessa posse, boa fé dessa posse” (Luiz Frederico Sauerbron Carpenter, Revista dos Tribunais, vol. 139, pags. 452-455).

É, ao meu ver, uma conclusão semelhante à de Filadelfo de Azevedo, não obstante a afirmação contrária de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, situando-o entre aqueles que adotam a prescrição trintenária (v. Investigação de Paternidade, pags. 284-285 e nota 42, da página 284).

Efetivamente, escreveu CARPENTER :

“A ação de reivindicação e a de petição de herança prescrevem em 30 anos, não “em 10 entre presentes, e, entre ausentes em 20 anos”, como, sem maior exame, parece resultar do art. 177 do Código Civil.

“Comentando esse art. 177, Clóvis Bevilacqua diz (Cód. Civ. Com. obs. 2, ao art. 177): “2 — Ações reais são as que se fundam em direito real. Extinguem-se nos prazos estabelecidos para o usucapião, porque o direito do adquirente iliminou o do antigo

titular” (Carpenter, Revista e vol. citados, pags. 452-455).

Ora, aí encontramos uma interpretação do art. 177 em face daqueles que disciplinam a prescrição aquisitiva. O próprio Supremo Tribunal Federal afasta qualquer dúvida:

“AÇÃO REIVINDICATORIA — Caso em que se verifica a sua prescrição. Não há contradição entre o fato de dispor o Código Civil que prescreve em dez anos a ação real entre presentes, e o prazo de prescrição aquisitiva de 30 anos” (ac. no rec. ext. n.º 9.302, de Rio de Janeiro, in Revista “Direito”, pag. 236, vol. XLII, ano VII, 1946).

No voto do Ministro OROSIMBO NONATO está a explicação:

“No caso dos autos trata-se da questão da prescrição da ação de reivindicação. O nosso Código Civil contém dispositivo que deve ser entendido com cautela para que não haja divergência entre o dispositivo geral de prescrição e o princípio da prescrição aquisitiva.

“A ação reivindicatória, como ação real, prescreve, entre presentes, em dez anos; entre ausentes, em vinte. Realmente, porém, a ação póde ser exercida enquanto o domínio não fôr adquirido por outra pessoa. Conforme demonstrou Sá Pereira, o princípio verdadeiro é este: a ação póde interpor-se sempre, enquanto o domínio não houver sido adquirido por outrem. O contrário seria admitir direito sem titular” (Revista e vol. citados, pag. 238).

ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA filia-se à prescrição trintenária. Não obstante reconhecer que ninguém ignora ser diferente a ação de partilha, da ação de petição de herança, alega que não se póde contestar tutelarem ambas o mesmo direito hereditário. Outro, porém, como acabamos de ver, é o pensamento de CARPENTER.

\*  
\*     \*

Divergindo da lição de LAURENT que ensina diferenciar a reivindicação da petição de herança, por não poder, nesta, opor o possuidor o seu usucapião ao proprietário que reivindica a coisa, se a possui por dez ou vinte anos, temos a doutrina de AUBRY ET RAU:

“Le titre de ceux-ci, une fois devenu inattaquable par l’effet de la prescription leur confere, avec la propriété de l’hérédité elle-même, celle de tout les objets qui la composent, lors même qu’il ne serait point encore écoulé trente ans depuis le jour ou ils ont pris possession de l’un ou de l’autre de ces objets” (Aubry et Rau, Cours, vol. 10, § 616, pag. 11).

\*  
\*     \*

CARVALHO SANTOS, no seu Código Civil Brasileiro Interpretado, ao escrever sobre a ação de investigação de paternidade, referiu-se, incidentalmente, sobre a prescrição da petição de herança:

“Mas, os efeitos do reconhecimento forçado, com relação á herança do pai, prescrevem em trinta anos, a contar da data da abertura da sucessão, porque este é o prazo em que prescreve a ação de petição de herança” (obra citada, vol. V, pags. 491-492).

Posteriormente, ao tratar da petição de herança, escreve o consagrado autor:

“A prescrição da ação de petição de herança dá-se em dez anos entre presentes e vinte entre os residentes em muicípios diferentes” (obra citada, vol. XXII, pag. 101).

Há, como se vê, uma contradição. Entretanto, em parecer nos autos da ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, na Comarca de Picos, do Estado do Piauí, em que foram partes P. M. S. e L M. S. e sua mulher, explicou o mestre :

“Em rigor, porém, não incidi em verdadeira e real contradição. O que houve foi omissão, da minha parte, de um esclarecimento que se faria necessário, ou seja o de que a prescrição da petição de herança é, a um tempo, aquisitiva e extintiva, como mais adiante deixarei evidenciado. Daí, precisamente, falar eu naqueles comentarios em prescrição entre presentes e entre os residentes em municípios diversos, matéria regulada pelo Código Civil, no capítulo referente á prescrição aquisitiva” (Parecer de 4 de dezembro, de 1947, nos referidos autos).

Explicado, por êle próprio, o seu pensamento, vemos que se acha em concordância com o de CARPENTER, não fugindo aos resultados decorrentes do reconhecimento da natureza real destas ações.

\*  
\*     \*

Certo que a petição de herança, como a ação dos herdeiros para pedir a partilha, tutele um direito hereditário. Mas, para a prescrição desta última, tem o Código Civil, regra especial, consignada no § 2º do art. 1772.

Com efeito, dispõe o invocado inciso legal que:

“Não obsta á partilha o estar um ou mais herdeiros na posse de certos bens do espólio, salvo se da morte do proprietário houverem decorrido trinta anos”.

Regula o artigo 1772 a ação do herdeiro para pedir a partilha dos bens e determina o seu parágrafo a prescrição da mesma. A comunhão é o seu fundamento, por isso, a ação se prolonga enquanto a mesma subsiste, “salvo se da morte do proprietário houverem decorrido trinta anos”.

O princípio predominante é o de que, aberta a sucessão, acham-se os herdeiros na situação de condôminos, sendo-lhes permitido exigir a divisão da coisa comum. Mas, achando-se o co-herdeiro na posse do bem, pelo espaço de trinta anos, extingue-se, para os outros, o direito de pedir a partilha (Carvalho Santos, obra citada, vol. XXIV, pag. 379).

A ação de partilha, como o seu nome bem o indica, visa a divisão da herança. Pressupõe herdeiros revelados. A petição de herança quasi sempre sucede a uma ação propria para revelar

a qualidade de herdeiro, sendo, em boa técnica com esta cumulada. Quando, feita a partilha, esta qualidade ainda não é conhecida, torna-se impossível negar a boa fé dos herdeiros, decorrendo, conseqüentemente, a prescrição aquisitiva, em dez ou vinte anos, conforme as condições existentes.

Tutelam as duas ações direitos hereditários. São, no entanto, como acabamos de examinar, diferentes os seus pressupostos, não podendo ser equiparada a prescrição da petição de herança à da ação de pedir a partilha.

Aceitamos, em face do exposto, a lição de CARLOS MAXIMILIANO, bem recente, afirmando:

“A ação de petição de herança é real (Teixeira de Freitas — Doutrina das Ações, § 4º, nota 4); logo prescreve em dez anos, entre presentes; em vinte, entre ausentes. Aplica-se o art. 177 do Código Civil, não o 1.805 em combinação com o 178 § 6º, nº V.” (Direito das Sucessões, Vol. I, pag. 305, nota 4).

Entenda-se, todavia, que enquanto o domínio não fôr adquirido por outra pessoa, a ação póde ser exercida, não havendo contradição entre o fato de dispor o Código Civil que prescreve a ação real, em dez anos entre presentes e vinte, entre ausentes, e o prazo da prescrição aquisitiva de trinta anos.

.....  
“*Não existe, na realidade, entre a regra moral e a regra jurídica, nenhuma diferença de domínio, de natureza e de fim; não pode mesmo haver, porque o direito deve realizar a justiça, e a idéia de justiça é uma idéia moral*”.

.....  
GEORGES RIPERT — “A regra moral nas obrigações civis”